Die natürliche Freiheit des Tieres.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Theodor Bertelsmann
Referendar.

BIELEFELD
Buchdruckerei Ernst Siedhoff
1913.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinem lieben Onkel,
Herrn Rudolf Westhausser in Wien,
in dankbarer Verehrung gewidmet.

Literaturverzeichnis.

Baron, Dr., J.: Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes im Jahrbuch für Dogm. des heutigen, römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 7, Jena 1865.

Bekker, Dr. J.: Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880.

Bremer: In der Zeitschrift für Zivilrecht ein Prozeß. Herausgegeben von Dr. v. Linde und Dr. J. Friedrich Schulte. Neue Folge. 20. Bd., Giessen 1863.

Biermann: Kommentar zum B.G.B. Das Sachenrecht, Berlin 1903.

v. Chzyhlarz: Die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels de acquirendo rerum dominio 41,1, Erlangen 1887. Separatausgabe v. Glücks Pandektenkommentar, Serie der Bücher 41, 42, Teil 1.

Cosak: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. II. Bd., Abt. I, Jena 1899.

Dernburg: Pandekten I. Berlin 1902.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht. III. Band, Sachenrecht, Halle a. S. 1908.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des B.G.B., Berlin 1904.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Band, Abt. I, Berlin 1905.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Leipzig 1905.

Goldschmidt, L.: Festgabe an Gneist.

Heimann: Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts, Jena 1907.

Hirsch, Dr., Paul: Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes nach römischem Recht, Leipzig 1892.

Holzendorff: Rechtslexikon. II. Bd., Leizig 1881.

Jhering, Dr., R. von: Ueber den Grund des Besitzschutzes, Jena 1869.

Kindel, W.: Die Grundlagen des römischen Besitzrechtes, Berlin 1883.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B.G.B. II. Teil, Berlin 1899.

Leist, Dr., Bernhard Wilhelm: Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse, Heft III; Ueber die Natur des Eigentums, Jena 1859.

Lenz, Dr., Gustav: Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen, Berlin 1860.

Lux: Der Erwerb des Eigentums an jagdbaren Tieren, Diss. Breslau 1896.

Meischeider E: Besitz- und Besitzesschutz. Studien über alte Probleme, Berlin 1876.

Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. Bd. III, Berlin 1896.

Piltz, Woldemar: Beiträge zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes und Eigentums an wilden Tieren im gem. Recht. Dissertation, Halle a. S. 1897.

Pininski, Dr., Leo, Graf: Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gem. Recht. I. Bd., Leipzig 1885.

Plank: B.G.B. III. Bd., Berlin 1906.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B. Bd. III, Berlin 1899.

Randa: Der Besitz nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gem. Rechts, des preußischen, französischen und züricherischen Gesetzbuches. 4. Auflage, Leipzig 1895.

v. Savigny, Dr, Fr. Karl: Das Recht des Besitzes. 7. Auflage von Dr. A. Rudorff, Wien 1865.

von Scheurl, Dr.: Weitere Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts. 2. Heft: Zur Lehre von römischen Besitzrecht, Erlangen 1886.

Staudinger: Kommentar zum B.G.B. III. Bd., Sachenrecht, München 1907.

Strohal, Dr., E.: Sukzession in den Besitz nach röm. und heutigen Recht, Gratz 1885.

Voigt: ius naturale. Bd. I, Leipzig 1856.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt a. Main 1906.

Inhaltsübersicht.

A) Einleitung 1
B) I. Wo läßt sich der Ausdruck naturalis libertas anwenden? 3–5
II. Begriff des Wortes naturalis im allgemeinen in den Quellen 6–8
III. Begriff und Bedeutung der naturalis libertas im gemeinen Recht. 9–18
C) Bedeutung der naturalis-libertas im gemeinen Recht
I. beim Besitz- und Eigentumserwerb 19–23
II. beim Besitz- und Eigentumsverlust 23–24
D) Praktische Bedeutung der Auslegung des Wortes Freiheit im § 960 des Bürgerlichen Gesetzbuches im Sinne von „dem Naturtriebe, der Lebensart und dem Willen des Tieres entsprechende Freiheit“. 25–29

Einleitung.

Das Thema, das wir zu behandeln gedenken, sucht etwas Licht in die Streitfrage zu bringen, die die Fassung des § 960 des Bürgerlichen Gesetzbuches veranlaßt hat.

Der § 960 lautet:

Wilde Tiere sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden. Wilde Tiere in Tiergärten und Fische in Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern sind nicht herrenlos.

Erlangt ein gefangenes, wildes Tier die Freiheit wieder, so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgibt.

Ein gezähmtes Tier wird herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren.

Der § 960 des Bürgerlichen Gesetzbuches redet nur von Freiheit ohne Zusatz des Wörtchens „natürlich", welches unser Thema aufweist und auch in diesem Zusammenhange in allen Quellen zu finden ist.

Im ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches steht das Wort natürlich noch vor Freiheit in dem dem jetzigen § 960 entsprechenden Paragraphen. Im zweiten Entwurf ist es dagegen gestrichen.

Man hat es augenscheinlich weggelassen, um Mißverständnisse zu vermeiden.

Genaueres zur Begründung dieser Streichung finden wir in den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches S. 254 zu § 905.

„Dagegen sei es angemessen, gemäß dem Antrage 3 bezüglich aller gefangenen, wilden Tiere, den einheimischen wie den fremdländischen, das Eigentum des bisherigen Eigentümers im Falle ihres Entkommens erst dann erlöschen zu lassen, wenn der Eigentümer das Tier nicht unverzüglich verfolgt oder die Verfolgung aufgibt. Die Regelung passe insbesondere auch für fremdländische Tiere; sie schließt einen Eigentumsverlust des bisherigen Eigentümers ohne dessen Willen aus, da die Eigentümer regelmäßig in der Lage sein würden, die Verfolgung bis zur Wiedereinfangung fortzusetzen. Da sich nicht ohne Grund behaupten lasse, daß fremdländische Tiere bei uns durch Entweichen ihre natürliche Freiheit überhaupt nicht wiedererlangen können, (vergl. Dernburg, Pandekten I. § 223 Anm. 5.), so sei es ratsam, um die Anwendbarkeit der Vorschrift auf solche Tiere außer Frage zu stellen, nur von der Wiedererlangung der Freiheit, nicht der natürlichen Freiheit zu sprechen. Es handele sich übrigens bei der im Antrag 3 vorgeschlagenen Aenderung nur um eine Verdeutlichung der Absicht des Entwurfs, wie sich aus der Begründung des Entwurfs des Sachenrechts S. 832 und den Protokollen der früheren Kommission S 4083 ergebe".

Also die Lehre Dernburgs, daß fremdländische wilde Tiere, die aus ihren Käfigen entweichen, bei uns ihre natürliche Freiheit nicht wiedererlangen können, veranlaßte den Gesetzgeber das Wörtchen „natürlich" zu streichen. Man änderte so den in allen entsprechenden Pandektenstellen vorkommenden Ausdruck „naturalis libertas".

Ob eine Notwendigkeit zu dieser Aenderung vorlag oder ob ohne Grund die Behauptung Dernburgs aufgestellt ist, wollen wir hier auseinandersetzen.

Wo läßt sich der Ausdruck naturalis libertas anwenden?

Um der Bedeutung und den Sinn des Ausdrucks „natürliche Freiheit des Tieres“ auf den Grund zu gehen, müssen wir zunächst feststellen, in welchem Zusammenhange er überhaupt vorkommt und gebraucht wird.

Der Ausdruck kann nur bei wilden Tieren angewandt werden.

Um das zu beweisen, müssen wir auf die Unterschiede der Tiere eingehen, nicht ihrer naturwissenschaftlichen Gattung und Art nach, sondern ihrer Freiheit nach.

Hier unterscheidet man im heutigen, wie im Römischen Recht einerseits Haustiere (zahme Tiere) und andererseits wilde Tiere.

Zu den letzteren gehören auch die gezähmten Tiere. Sie sind und bleiben wild, obwohl der Mensch sie durch seine Gewalt und Vernunft den zahmen gleich gemacht hat, so daß sie sich vollkommen der menschlichen Herrschaft untergeordnet haben und kommen und gehen wie die Haustiere, denn mit der Zähmung dieses Individuums ist eine Ueberwindung der ganzen Gattung oder Art nicht eingetreten.[1])

Da das Bürgerliche Gesetzbuch nicht von Haustieren spricht, so könnte man auf die Vermutung kommen, daß dieses Gesetz die Haustiere den gezähmten Tieren beizählen wollte, so daß ein Haushund, der verwildert ist, ebenfalls herrenlos werden könnte.[2])

---

[1]) Vergl. Chzyhlarz S. 43.

[2]) Vergl. Leonhard bei Eck S. 49 Anm. 4.

Doch ist wohl kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber auf diesen der Literatur und den Quellen fremden Standpunkt sich hat stellen wollen. Dies beweist auch die Bemerkung in den Protokollen über den Abs. 3 des § 960, daß sich die Bestimmung nicht auf Haustiere, sondern auf gezähmte, wilde Tiere bezieht.

Die zahmen Tiere wurden deswegen nicht erwähnt, weil sie denselben Gesetzen unterworfen sein sollten, wie andere bewegliche Sachen und nur für typisch wilde und wild gewesene exceptionelle Bestimmungen getroffen werden sollten.

Allerdings hätte der Gesetzgeber, wenn er mit allen Möglichkeiten der Auslegung rechnete, wie dies bei Weglassung des Wortes natürlich geschehen ist, hier auch korrekter Weise noch einen Satz einfügen müssen, daß Haustiere wie bewegliche Sachen bezüglich der Aneignung zu behandeln seien.

Wie aus dem vorigen hervorgeht, sind im Bürgerlichen Gesetzbuch die Begriffe wilde Tiere und Haustiere als feststehend vorausgesetzt und decken sich mit ganz geringen Ausnahmen mit denen des gemeinen Rechts.

Unter den wilden Tieren versteht man diejenigen, die „normalerweise frei von menschlicher Herrschaft leben.[1])“ Sie haben sich der menschlichen Herrschaft, dem menschlichen Willen nicht unterworfen, sie dienen ihm nicht und leben, ohne weder durch einen physischen noch psychischen Zwang eingeengt zu sein. Sie sind frei und lassen den Menschen über sich nicht zum Herren werden. Wenn es ihm auch gelungen sein mag, einige Individuen von ihnen sich untertänig zu machen, unmöglich ist es, die ganze Art und Gattung unter seine Herrschaft zu beugen und seiner Leitung zu unterwerfen. Ob die Tiere sich in der Nähe des Menschen oder in der Gefangenschaft befinden, ist dabei gleichgültig, ebenso wo sie geboren sind. So sind der Kanarienvogel im Bauer, die Hausmäuse und der im zoologischen Garten geborene Tiger wilde Tiere. Es

[1]) Dernburg, Pandekten I § 223, 2b.

kommt nur auf die Lebensweise und Lebensart der ganzen Gattung an, der die Tiere angehören, um zu bestimmen, ob sie zu den wilden gehören.

Bei den Haustieren findet man dagegen diesen Freiheitsdrang nicht. Sie entziehen sich nicht der menschlichen Herrschaft, wenn ihnen die Möglichkeit dazu gegeben ist. Die ganze Art oder Gattung hat sich „vermöge der durch Jahrtausende begründeten Gewöhnung“[1]) der Herrschaft des Menschen untergeordnet und sich seinem Willen gebeugt. Die ganze Gattung ist psychisch überwunden. Sie dient dem Menschen und ordnet sich nach ihrem eigenen Willen dem Menschen unter.

Daß dies nicht der Urzustand war, ergibt sich schon daraus, daß der menschliche Wille, die menschliche Vernunft unbedingt dazu nötig war, um die Tiere unter seine Herrschaft zu beugen. Die fortschreitende Kultur, der Selbsterhaltungstrieb der Tiere, die sich bei den Menschen in sicherem Schutz glaubten, mag auch dazu beigetragen haben, daß sie sich den Menschen unterordneten. Jedenfalls kann dieser Zustand nicht als der von Anfang an natürliche bezeichnet werden und deshalb auch nicht bei einem Haustier, falls es auch ganz ungebunden umherlaufen kann und der menschlichen Gewalt vollkommen entrückt zu sein scheint, nicht von natürlicher Freiheit gesprochen werden, da es tatsächlich sich unter dem seiner Gattung eigentümlichen psychischen Zwange befindet, den Menschen sich unterzuordnen. Es ist dies deshalb immer eine Freiheit, die nur scheinbar besteht, da sich die Gattung dieser Tiere seines Willens begeben hat, frei von menschlicher Herrschaft zu leben.

Anders bei den wilden Tieren. Sie leben noch in der von Natur ihnen gegebenen Freiheit, ohne sich um den Willen des Menschen zu bekümmern. Sie sind nicht psychisch gebunden und bei ihnen kann man deshalb auch von einer dem Naturzustande entsprechenden Freiheit reden, einer natürlichen Freiheit.

---

[1]) Chzyhlarz S. 43.

Begriff des Wortes naturalis im allgemeinen in den Quellen.

Um nun näher auf den Begriff der natürlichen Freiheit des Tieres eingehen und erläutern zu können, in welcher Bedeutung er immer gebraucht ist, müssen wir uns den römischen Quellen zuwenden, aus denen er entnommen ist und die auch in allen auf die Aneignung wilder Tiere bezüglichen Stellen ihn aufweisen.

Hierbei müssen wir kurz erörtern, in welcher Bedeutung das Wort naturalis in den Quellen gebraucht wird. Und bei dieser Erörterung müssen wir weiter auf die Bedeutung des Wortes natura zurückgreifen.

Der Ausdruck natura kommt in den Quellen in dreifacher Bedeutung vor.

Er umfaßt nämlich

I. „den Inbegriff der gesamten Natur, des Weltalls,

II. den Inbegriff der Sinnenwelt, der physischen Natur,

III. den Inbegriff der den Dingen und Wesen zukommenden Merkmale, als Natur und Wesen der Dinge.[1])

Wir können uns hier auf die beiden letzten Begriffe beschränken, die lediglich für uns Interesse haben, da die zuerst erwähnte Bedeutung nur in den philosophischen Schriften, nicht aber in den juristischen zu finden ist.

Voigt hat die beiden unter II. und III. erwähnten, für den Juristen nur in Betracht zu ziehenden Begriffe noch vermehrt, indem er jedem von ihnen noch zwei weitere Begriffe hinzugesetzt hat. Er hat nämlich jeden Haupt-

[1]) Siehe Voigt, jus naturale, Bd. I, Beilage III, S. 547. Leipzig 1856.

begriff von der Gesamtheit auf das einzelne Naturding übertragen und weiter noch die ordnende Regel bezüglich dieser Naturdinge als unter den weiteren Begriff natura fallend hinzugenommen.

So kommt er zu folgender Einteilung.

I. 1) „Inbegriff der Sinnenwelt: physische Natur,
   2) Physische Beschaffenheit eines Naturdings,
   3) Gesetz der Sinnenwelt: Naturgesetz,

II. 1) Inbegriff der Merkmale und Eigentümlichkeiten der Dinge und Wesen: Natur der Dinge oder Natur der Sache,
   2) Inbegriff der Merkmale und Eigentümlichkeiten eines Dinges oder Wesens: Natur des Dinges oder Wesens,
   3) Die aus der Natur im Sinne 1 und 2 sich ergebende ordnende Regel: das durch die Natur der Dinge gegebene Gesetz, die ratio naturalis, lex naturae, wie das jus naturale."

Von diesen beiden Begriffen ist der zweite der weitere. Der Begriff: Natur eines Dinges bezeichnet nämlich oft die Eigentümlichkeiten eines Dinges, die auf den Gesetzen seines Ursprungs, seines Weiterbestehens, seiner Weiterentwicklung und seiner Vernichtung basieren. Der Begriff umfaßt aber auch die Merkmale, die durch äußere Einwirkungen auf das Ding entstanden sind und infolge selbstständiger Entwicklung in dem Ding selbst sich gebildet haben.

So umfaßt fast immer der Begriff: „Natur der Dinge" den der physischen Natur.

Dieser weitere Begriff von natura hat für uns deshalb große Bedeutung, weil hierauf das jus naturale der Römer beruht.

Das Wort „naturalis" findet in den Quellen Anwendung sowohl zur Bezeichnung, daß ein Zustand, ein Rechtsverhältnis der physischen Natur entspricht, als auch zur Bezeichnung, daß eine Regel oder Benennung auf der Natur der Dinge beruht. Es wird also sowohl in dem weiteren als auch in dem engeren Sinne gebraucht. In welchem

Sinne es angewandt ist, läßt sich dadurch feststellen, daß man fragt, in welchem Gegensatz es gesetzt ist.

Steht naturalis im Gegensatz zu allem, was von außen her durch künstliche Mittel, durch die Einwirkung der Menschen, durch besondere Entwicklungsumstände herbeigeführt wurde, so bezeichnet es das der physischen Natur entsprechende.

Steht es aber im Gegensatz zu civile, justum, legitimum, so besagt es, daß etwas auf der natura rerum, der ratio naturalis oder dem jus naturale beruht. In diesem Falle bezeichnet es immer das der Natur der Dinge entsprechende, also den weiteren Begriff.[1])

Für uns fragt es sich nun, ob das Wort naturalis in Verbindung mit libertas bald in diesem bald in jenem Sinne gebraucht wird, oder ob es nur den ersten von beiden genannten Begriffen umfaßt.

Was die Bedeutung des Wortes naturalis im Gegensatz zu civile, justum, legitimum anbelangt, so müßte, wenn diese für uns in Frage kommen sollte, eine civilis libertas diesem Ausdruck gegenüberstehen. Es müßte also in den Quellen von einer libertas die Rede sein, die nur auf dem Boden des typisch römischen Rechts, des jus civile, fußte, in ihm eine besondere Regelung erfahren hat und im Gegensatz zum jus gentium als eine besondere libertas rechtlich in die Erscheinung trat. Es ist jedoch von einer civilis libertas der Tiere in den ganzen Quellen nicht die Rede.

Daher kommt für uns lediglich die Bedeutung von naturalis in Betracht, die etwas als der physischen Natur und dem Naturgesetz entsprechend bezeichnet. Naturalis kann hier also nur bedeuten, daß die Freiheit weder durch die Tätigkeit der Menschen, noch durch irgendwelche künstliche äußere Einflüsse eingeengt ist, daß sie nur der physischen Natur entsprechend ist.

---

1) Vergl. zu Vorstehendem Voigt, jus naturale, Bd. I, Beilage III, S. 547 ff. Leipzig 1856.

Begriff und Bedeutung der naturalis libertas im gemeinen Recht.

Wenden wir uns nun den Pandektenstellen zu, die uns über die Bedeutung des Ausdrucks naturalis libertas nähere Auskunft geben können.

Gaius libro secundo rerum cotidianarum sive aureorum (l 3 § 2 und l 5 pr D 41,1), sagt in der mit der in § 12 J. 2,1 sich deckenden Stelle:

Quidquid autem eorum (sc. ferarum bestiarum et volucrum) ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur; cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit (l 3 § 2).

Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio (l 5 pr).

Ohne jede Nebenbemerkung oder der Andeutung einer solchen in Bezug auf die Umgebung, in der die Tiere sich sonst aufhalten, steht hier in den den Eigentumserwerb und Eigentumsverlust an wilden Tieren betreffenden Stellen, die ja eine Erklärung des Begriffes naturalis libertas abgeben, daß das entflohene Tier sich in seiner natürlichen Freiheit befindet, wenn es dem bisherigen Eigentümer aus den Augen gekommen ist oder von ihm noch gesehen wird, aber doch in einer Lage, die die Unmöglichkeit der Wiedererlangung wahrscheinlicher erscheinen läßt.

Man kann hier u. E. einen Unterschied dahin machen,

1) daß das Tier tatsächlich nicht mehr einzufangen ist, sich also nicht mehr unter der menschlichen Herrschaft befindet und

2) daß zu diesem Zustand noch der Wille des Tieres tritt, nicht mehr zu seinem Herren zurückzukehren, was die Unmöglichkeit der Wiedererlangung wesentlich unwahrscheinlicher macht.

Lediglich die Tatsache, daß das Tier der menschlichen Herrschaft entrückt ist, läßt es die Freiheit wiedererlangen. Kommt hierzu noch der Umstand, daß das Tier tatsächlich nicht zurückkehren will, so befindet es sich in der seinem Naturtriebe entsprechenden Freiheit, d. h. seiner natürlichen Freiheit.

Man kann daher unterscheiden:

1) das Begriffsmerkmal der Freiheit,
2) den Begriff der natürlichen Eigenschaft der Freiheit.

Was die Tatsache anbelangt, ob das Tier der menschlichen Herrschaft entrückt ist, so kommt es selbstverständlich auf die Gewandtheit des Tieres an, sich der Herrschaft des Menschen zu entziehen.

Ein schwerfälliger Vierfüßler, der durch sein Aeußeres auffällt, kann naturgemäß als in natürlicher Freiheit befindlich nicht betrachtet werden, solange er von seinen Verfolgern gesehen wird. Dagegen ist das sicherlich bei einem auf hohem Baum sitzenden Vogel der Fall, mag er nun rot, schwarz oder blau sein oder sonst welche Merkmale haben. Die Kenntlichkeit und Eigenart des Tieres ist in diesen Stellen der Pandekten nicht im geringsten berücksichtigt worden. Und man kann doch wohl annehmen, daß bei den damals schon so entwickelten Verkehr der Römer sich häufig Fälle ereigneten, daß besonders seltene und besonders kenntliche Tiere entkommen und anderen in die Hände gefallen sind.

Wenn man den Willen des Tieres bei Wiedererlangung der Freiheit berücksichtigen will, muß man u. E. weitere Unterschiede machen.

Bei einem typisch wilden, einem reißenden Tiere kann man ohne weiteres diesen Willen, sich der Gefangenschaft der Menschen zu entziehen, voraussetzen. In diesen Tieren steckt der Freiheitsdrang von Natur aus so stark, daß selbst längere Gewohnheit ihn auch nicht für Augenblicke zu

verringern vermag und daß sie jede Gelegenheit suchen, sich der Herrschaft der Menschen zu entziehen.

Anders dagegen bei solchen wilden Tieren, die, wenn man auch von einer Zähmung direkt nicht reden kann, sich doch an ihre Umgebung und ihren Aufenthaltsort derart gewöhnt haben, daß sie zu ihrem Herrn zurückkehren möchten, jedoch äußerer Umstände halber oder aus irgend einem anderen Grunde nicht dazu imstande sind. Man denke sich z. B. einen Papagei oder einen Kanarienvogel, der durch Zufall in die Freiheit, die er nie vorher gekannt hat, versetzt ist und der tatsächlich nicht imstande ist, in seinen Käfig zurückzukehren, der ihm den einzig sicheren Schutz gewährt, da ihm das Orientierungsvermögen fehlt. Hier kann u. E. nicht von einer natürlichen Freiheit die Rede sein, da der Wille des Tieres fehlt, sich der Herrschaft der Menschen vollständig zu entziehen.

Anders liegt natürlich der Fall, wenn das Tier im Bewußtsein seiner Freiheit sich hoch in die Luft schwingt oder durch Flur und Feld dahinstürmt.

Hier kann man wirklich von einer, dem Naturtriebe des Tieres entsprechenden[1]) Freiheit reden.

Besonders zu berücksichtigen sind auch die gezähmten wilden Tiere, die sich aus ihrem Gewahrsam oder ihrem Gehege, in das sie gewohnt waren zurückzukehren, entfernt haben. Hier ist, wie auch im gemeinen und dem heutigen Recht ausgesprochen ist, der Wille des Tieres dafür maßgebend, ob es sich noch im Eigentum seines Herrn befindet oder nicht. Hat es die Gewohnheit, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren, so bleibt es im Eigentum seines Herren und befindet sich damit auch nicht in der natürlichen Freiheit. Hat es dagegen die Absicht, sich der Herrschaft seines Herrn vollständig zu entziehen und befindet es sich tatsächlich nicht mehr in seiner Gewalt, so ist der Zustand vor der Zähmung wieder hergestellt, d. h. das Tier befindet sich wieder in der seinem Naturzustande und Naturtriebe entsprechenden Freiheit.

---

1) siehe Eck, S. 150.

Eine weitere Stelle, die unseres Erachtens von großer Bedeutung für die Erklärung des Ausdrucks naturalis libertas ist, ist die von Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum (l 3 § 14 D. 41,2):

Item feras bestias, quas vivariis incluserimus et pisces, quos in piscinas conjecerimus a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quae in silvis circumsaeptis vagantur, a nobis non possideri quoniam relictae sunt in libertate naturali.

Hier wird ein Unterschied gemacht zwischen den bestiae, quae in vivariis incluserimus und pisces, qui in piscina conjecerimus einerseits und den pisces, qui in stagno sunt, und ferae, quae in silvis circumsaeptis vagantur andererseits. Hier sind gegenübergestellt einerseits piscina und stagnum andererseits vivarium und silva circumsaepta, die künstlichen zur Hegung und Einschließung von Wild bestimmten Anstalten und die natürlichen, zufälligen, und zu anderen Zwecken dienenden Gebilde. In der piscina, dem Fischteiche, und dem vivarium, dem Tierpark, befinden sich die Tiere in unserm Besitze, während sie in dem durch Ueberschwemmung oder auf andere Weise gebildeten Teich oder stehenden Wasser und in den ringsum, sei es durch künstliche oder natürliche Umzäumung eingeschlossenen Wäldern, die jedenfalls nicht absichtlich zur Hegung des Wildes aufgerichtet ist, sich in natürlicher Freiheit befinden. Sind vielleicht die Fische in dem stehenden Tümpel in der ihrer sonstigen Umgebung entsprechenden Freiheit oder sind die in einem eingeschlossenen Walde sich aufhaltenden Tiere in einer Umgebung, die ihrer sonstigen Lebensweise in allem entspricht? Sicher nicht.

Paulus geht hier in konsequenter Durchführung des Begriffs naturalis libertas so weit, daß er sagt: Falls der Mensch seine ihm möglicherweise sehr leichtgemachte Herrschaft über die Tiere nicht ausüben will, so verbleiben sie in der natürlichen Freiheit. Diese Stelle gibt unseres Erachtens einen noch deutlicheren Beweis dafür, daß in den Pandekten nichts anderes mit dem Ausdruck naturalis libertas gemeint ist und nichts anderes gemeint sein kann,

als daß das Tier außerhalb der Herrschaft des Menschen steht, ganz gleichgültig in welcher Umgebung es sich befindet. Allerdings immer vorausgesetzt, daß es nicht den Willen hat, sich der Herrschaft des Menschen unterzuordnen, was bei den in dieser Stelle erwähnten Arten nicht anzunehmen ist. Nimmt man jedoch den Fall an, daß irgendwelche Natureignisse ein Tier, das den Willen hat, zu seinem Herrn zurückzukehren, verhindern, seine Absicht auszuführen, so kann, wie schon oben erwähnt, nicht von einer natürlichen, seinem Naturtriebe entsprechenden Freiheit die Rede sein.

Uns zeigt die Stelle jedenfalls deutlich, daß es nach dem Standpunkt der Pandekten gleichgültig ist, in welcher Umgebung sich das Tier befindet. Es kommt lediglich darauf an, daß das Tier außerhalb der menschlichen Herrschaft steht und daß es seiner Natur entsprechend sich der Herrschaft der Menschen nicht unterordnen will.

Ein Unterschied zwischen den einzelnen Stellen in Bezug auf die Erklärung der naturalis libertas kann u. E. nicht gemacht werden. Denn wenn auch die eine Stelle vom Besitzerwerb, die andere vom Eigentumserwerb redet, so ist dies deswegen ohne Belang, weil im gemeinen Recht mit dem Besitzerwerb an Tieren auch gleichzeitig der Eigentumserwerb verbunden ist. Ein Zusammenhang dieser Stellen ist aus diesem Grunde auch unbedingt anzunehmen.

Auch die anderen Stellen der Pandekten, die den mit naturalis libertas gleichbedeutenden Ausdruck naturalis laxitas aufweisen, lassen unseres Erachtens eine gegenteilige Ansicht nicht zu.

Es sind dies die Stellen D41,1, l. 44 und l. 55.

l. 44 D 41,1 lautet:

Ulpianus libro XIX. ad Edictum: Pomponius tractat, cum pastori meo lupi porcos eriperent, hos vicinae villae columni cum robustis canibus et fortibus, quos pecoris sui gratia pascebat, consecutus lupis eripuit, aut canes extorserunt; et cum pastor meus peteret porcos, quaerebatur, utrum eius facti sint porci, qui eripuit, an nostri maneant, nam genere quodam venandi id erant nacti; cogitabat tamen,

quemadmodum terra marique capta, cum in suam naturalem laxitatem pervenerant, desinerent eorum esse, qui ceperunt, ita ex bonis quoque nostris capta a bestiis marinis et terrestribus desinant nostra esse, cum effugerunt bestiae nostram persecutionem.

Die Stelle, die uns hier der Bedeutung des Ausdruckes naturalis libertas wegen nur so weit, wie sie angeführt, interessiert, enthält ebenfalls eine Gegenüberstellung, die uns in unserer Ansicht bestärken kann. Ebenso wie die wilden Tiere, so sagt Pomponius, herrenlos werden, die die natürliche Wildheit (Freiheit) wiedererlangt haben, so werden auch die von den wilden Tieren geraubten Gegenstände herrenlos, wenn die wilden Tiere unserer Verfolgung entfliehen. Hier ist gegenübergestellt die Wiedererlangung der natürlichen Freiheit einerseits und das der Verfolgung Entfliehen andererseits. Unseres Erachtens umfaßt der letztere Begriff den ersteren. Daß die Tiere den Verfolgern Entflohen sind, bedingt auch, daß sie sich in der natürlichen Freiheit befinden. Beide Ausdrücke sollen in diesem Zusammenhang ungefähr dasselbe sagen. Der Sinn des Ausdruckes geht also wiederum dahin, daß er frei von der Herrschaft und Einwirkung der Menschen, sich selbst überlassen bedeutet. Jedenfalls läßt diese Stelle eine andere unsere Ansicht widersprechende Deutung nicht zu.

Ebenso ist es mit der Stelle l. 55 D 41,1, deren Ende lautet:

Summam tamen hanc puto esse, ut, si (sc. aper) in mean potestatem pervenit, meus factus sit, sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desiisset, et actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave ejecisset.

Vorher ist in dieser Stelle von einem Eber die Rede, der sich in einer Schlinge gefangen hat. Es wurden verschiedene Möglichkeiten angenommen und dazu gefragt, ob und wann der Eber in das Eigentum des Schlingenstellers gekommen sei.

Hier ist auch die potestas gegenübergestellt der naturalis laxitas. Wenn der Eber in meine potestas kommt, ist er mein, wenn er aber in die naturalis laxitas zurückversetzt wird, d. h. wenn er dem Gewaltverhältnis, das ich über ihn ausübte, entronnen ist, wird er herrenlos. So hat auch der Ausdruck naturalis laxitas keine andere Bedeutung, wie in den vorigen Stellen.

Aus der Besprechung dieser Stellen geht klar hervor, daß in den Pandekten nicht die geringste Handhabe dafür vorhanden ist, den Ausdruck im Sinne Dernburgs auszulegen. Aber außer dieser Beweisführung muß uns noch eine andere Erwägung zu demselben Resultat führen.

Falls man nämlich annimmt, daß ein wildes Tier nur dann sich in der natürlichen Freiheit befindet, falls es in die seiner Lebensweise und seiner Art entsprechende Umgebung zurückversetzt wird, so konnte im gemeinen Recht Eigentum und damit Besitz an einem fremdländischen Tiere nicht verloren gehen. Denn ohne Frage müssen wir die Lehre über den Eigentumsverlust an wilden Tieren auch auf den Besitzverlust anwenden. Auf diesem Standpunkt stehen die bedeutendsten der Rechtslehrer, wie Dernburg[1]) Windscheidt[2]), Savigny[3]). Nur Baron[4]) behauptet das Gegenteil.

Die Annahme, daß man an einem fremdländischen, der Gefangenschaft entflohenen Tier den Besitz nicht verlieren könne, läßt sich jedoch mit der Natur des Besitzes nicht vereinbaren, der, wenn auch noch so weit genommen, doch immer ein gewisses Gewaltverhältnis und ein erkennbares Band zwischen Sache und Besitzer verlangt. Man stelle sich einen Papagei vor, der sich in schönen Sommertagen in die tiefen Wälder Thüringens verzogen hat, oder eine seltene Katzenart, die sich in den weiten Forsten Ostpreußens verborgen hält. Man kann doch den Besitzbegriff

[1]) Dernburg I, § 182, S. 430, Anm. 4.
[2]) Windscheidt § 156, Anm. 5.
[3]) Savigny § 31, S. 343, Anm. 2.
[4]) Baron § 8, S. 127.

nicht soweit ausdehnen, in einem solchen Falle noch Besitz anzunehmen.

Unmöglich ist daher, daß in den Pandekten der Ausdruck naturalis libertas in dem von Dernburg erörterten Sinne gebraucht ist. Er ist vielmehr immer in dem Sinne gebraucht, daß die Tiere sich nicht mehr in der Gewalt und unter der Herrschaft der Menschen befinden und daß sie nicht den Willen haben, sich unter die Herrschaft der Menschen zu beugen und daß, falls sie einen solchen Willen (consuetudo revertendi) hatten, diesen abgelegt haben.

Naturalis libertas bedeutet, die dem Naturtriebe, der Lebensart und dem Willen des Tieres entsprechende Freiheit.

Wenn man nun die heutigen Verhältnisse mit den damaligen der Römer vergleicht, so kann man trotz des Unterschiedes von jagdbaren und nicht jagdbaren, wilden Tieren im heutigen Recht nicht von einem Zustande Deutschlands sprechen, der mit den des römischen Reiches inkommensurabel wäre.[1]) Denn, wie schon oben erwähnt, war es bei dem enorm entwickelten Verkehr der Römer, ihrem Reichtum und dem Luxus, der in der damaligen Zeit getrieben wurde, sicherlich keine Seltenheit, daß fremdländische, leicht erkennbare, wilde Tiere nach allen Seiten des Reichs gebracht wurden und diese dem Gewahrsam ihrer Eigentümer entflohen. Es hätte deshalb unbedingt eine Regel für den Eigentumsverlust an diesen Tieren aufgestellt werden müssen, wenn den römischen Juristen überhaupt der Gedanke gekommen wäre, die Eigentumsfrage bei diesen Tieren anders zu regeln, als bei den einheimischen. In dieser Beziehung kann man ruhig die heutigen Verhältnisse mit dem des alten Rom vergleichen. Aber auch der Unterschied, der heutzutage in rechtlicher Beziehung besteht, nämlich der zwischen jagdbaren und nicht jagdbaren Tieren verändert die Rechtsstellung der fremdländischen Tiere nicht, da diese immer bei uns unter die nicht jagdbaren fallen, also keineswegs eine exceptionelle Stellung einnehmen. — Nach obigen Ausführungen können

---

1) Wie Piltz S. 43 es tut.

wir daher ohne Bedenken den von den Pandekten aufgestellten Begriff in dem Sinn, wie wir ihn oben angegeben haben, auch nach heutigem Rechte anwenden und in das heutige Recht aufnehmen.

Die Bedeutung des Wortes „Freiheit" verbietet unseres Erachtens auch, daß man dem Wort „natürlich" die von Dernburg untergeschobene Bedeutung gibt.

Man müßte denn die Tatsache, daß der Mensch das fremdländische Tier in eine Umgebung gebracht hat, die seiner sonstigen Lebensgewohnheit nicht entspricht, schon als einen von außen her durch den Menschen bewirkten Umstand ansehen, der seine später wiedererlangte Freiheit als eine unnatürliche erscheinen läßt. Dies scheint uns doch über den Begriff des Wortes Freiheit hinauszugehen, denn dieses besagt nur, daß das Tier, ohne durch irgendwelche Hindernisse eingeengt zu sein, nach seinem Wollen oder besser nach seinem Instinkt hierhin und dorthin gehen kann. Um das auszudrücken, was Dernburg unter dem Ausdruck natürliche Freiheit versteht, müßte man besser von natürlicher Lebensweise oder Lebensgewohnheit sprechen.

Unseres Erachtens ist das Wort natürlich in Verbindung mit Freiheit im Gegensatz zu den auch sich in Freiheit befindenden, wilden, aber gezähmten Tieren gebraucht, da diese Freiheit der gezähmten Tiere eine ihrer Gattung nicht entsprechende, also unnatürliche ist.

Dernburg selbst hat wahrscheinlich daran gedacht, den Rechtssatz des gemeinen Rechts, der sicherlich zu Härten in der Rechtsprechung Veranlassung geben kann, zu mildern. Er sucht sich dadurch zu helfen, daß er diese Bedeutung dem Ausdruck natürliche Freiheit unterlegt, die einem bei näherer Betrachtung etwas willkürlich erscheinen muß. Auch mag Dernburg wohl von den germanistischen Anschauungen geleitet sein, die auf den sogenannten Rechtsschein ein großes Gewicht legen und immer den redlichen Dritten zu schützen suchen.

Aus der Litteratur sind außer Dernburg (Pandekten I, § 223, Anm. 6) noch Leist (Dr. Bernhard Wilhelm, civilistische Studien auf dem Gebiete der dogmatsschen Analyse, Heft III. Ueber die Natur des Eigentums, Jena 1859, S. 86, Anm. 2) und Bremer (in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Herausgegeben von Dr. v. Linde und Dr. J. Friedrich Schulte, Neue Folge, 20. Band, Gießen 1863, S. 64, Anm. 22) zu nennen, die beide ihre Ansicht nur kurz erwähnen, daß bei uns entsprungene, fremdländische Tiere nicht herrenlos würden und sich dabei auf den Sinn des Wortes natürlich berufen.

Unsere Ansicht vertreten, ebenfalls ohne sich auf nähere Begründung einzulassen, Randa (der Besitz nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, Leipzig 1895, § 22, S. 600, Anm. 27) und vor allem Chzyhlarz (S. 46—47), der sich noch am meisten mit dem Begriff der natürlichen Freiheit befaßt.

Bedeutung der naturalis libertas im gemeinen Recht.

I. Beim Besitz- und Eigentumserwerb.

So kurz wie möglich soll hier noch die Frage behandelt werden, welche Rolle der Begriff der natürlichen Freiheit beim Besitz und Eigentumserwerb und -verlust an wilden Tieren spielt.

Wir wollen uns hier auf das gemeine Recht beschränken da die Feststellung der tatsächlichen Gewalt und die Feststellung, wann dieselbe verloren, die Hauptschwierigkeit bei dem Besitz- und Eigentumserwerb und -verlust bietet und bei Feststellung dieses Begriffes das heutige Recht ganz auf den Boden des bisherigen Rechts steht.[1]) Die reiche Kasuistik der Pandekten kann uns auch über diese Fragen Auskunft geben.

Wenden wir uns also zunächst den Pandektenstellen zu, die den Besitzerwerb und Eigentumserwerb an wilden Tieren behandeln. — Daß Besitz- und Eigentumserwerb im gemeinen Recht zusammenfällt, haben wir schon oben erwähnt.

Zunächst kommt die Stelle l 5 § 1 D 41,1 in Betracht (gleichlautend mit § 13 J de rer. div. 2,1). Hier sagt Gaius:

Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatio placuit, statim nostram esse, et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quodsi desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo

---

1) Vergl. Biermann zu § 854, Anm. 2.

ut ipse lucrifaceret, furtum videri, nobis eum commisisse; pleriqui non aliter putaverunt, eam nostram esse quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus, quod verius est.

Hier wird gefragt, wann ein wildes Tier, das so verwundet ist, daß man es ergreifen kann, in den Besitz und damit in das Eigentum des Jagenden gekommen sei, ob schon mit dem Verwunden oder mit dem tatsächlichen Ergreifen. Die Antwort lautet: Die Mehrzahl der Juristen glaubt, erst mit dem Ergreifen, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus.

Die herrschende Meinung verlangt hier also ein capere des Tieres. Auf diesem Standpunkt stehen auch alle, die diese Stelle einer Betrachtung unterzogen haben. Sie sind sich einig darüber, daß mit dem tötlich Verwunden noch kein Besitzerwerb eingetreten sei. Ueber das capere gehen jedoch die Ansichten auseinander.

Nach Dernburg[1]) und Savigny muß das Tier ergriffen oder erlegt sein.

Derselben Ansicht sind noch andere, wie Meischeider[2]), Randa und v. Scheurl.

Hirsch[3]) verlangt, daß das Tier vollständig seiner Freiheit beraubt sei und daß auch ein dritter nicht dem Jagenden bei der Erlangung der tatsächlichen Gewalt zuvorkommen könne.

Pininski[4]) hebt hervor, daß die natürliche Widerstandsfähigkeit der Sache noch ein physisches Bezwingen und Beherrschen notwendig mache. Er verlangt, daß das Tier vollkommen seiner natürlichen Freiheit beraubt sei.

Unseres Erachtens genügt nicht allein der vollständige Verlust der Freiheit des Tieres, denn damit braucht noch nicht ein Gewaltverhältnis zu dem Tiere eingetreten zu sein. Selbst bei der Tötung des Tieres kann uns dies noch entzogen werden. Z. B. der getötete Vogel bleibt auf einem

---

[1]) Pandekten I, § 178, S. 418, 419.
[2]) Berlin 1876, S. 238, 239.
[3]) § 3, S. 61, 62.
[4]) S. 59, 61.

hohen, belaubten Baum hängen, so daß wir ihn nicht finden können, oder er fällt in einen Fluß, der ihn mit sich fortträgt, oder ein Hund fängt ihn beim Herabfallen vom Baum oder aus der Luft auf und zerreißt ihn in tausend Stücke. Das capere ist so aufzufassen, daß ein Ergreifen oder eine Handlung, die dem Ergreifen gleichsteht, vorliegen muß. Man braucht hierbei das Ergreifen nicht zu derb sinnlich aufzufassen. Als Hauptgrundsatz kann man nur aufstellen, daß es immer Tatfrage bleibt, ob in der Handlungsweise des Jagenden ein Ergreifen liegt, d. h. ob durch die Handlung ein Gewaltverhältnis zwischen dem Jagenden und dem verwundeten oder erlegten Tiere geschaffen ist.

Ein Berauben der Freiheit des Tieres genügt also nicht. Es muß eben noch das capere hinzukommen. Klar geht aber daraus hervor, daß immer ein Berauben der natürlichen Freiheit vorliegen muß, falls der Besitz- und Eigentumserwerb an wilden Tieren vollendet sein soll.

Eine weitere Stelle, die für die Auslegung des Besitz- und Eigentumserwerbes von Bedeutung ist und mit der sich alle Schriftsteller zum Teil mit peinlichster Genauigkeit befaßt haben, ist die l. 55 D. de acquirendo domino 41,1:

Proculus in libro secundo epistularum:

In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse, et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimisissem, eo casu tuus esse desiisset an maneret? et quam actionem mecum haberes, si desiisset tuus esse, num in factum dari oporteret, quaero. Respondit, laqueum videamus, ne intersit, in publico, an in privato posuerim, et si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et si in alieno, utrum permissu eius, cuius fundus erat, an non permissu eius posuerim; praeterea, utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit, sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses et eo facto meus esse desiisset, actionem

mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.

Die wahre Bedeutung dieser Stelle ist unseres Erachtens erst von Goldschmidt[1]) erkannt worden, der den Proculus dahin beurteilt, daß er in tiefster Erkenntnis des Besitzbegriffes nicht schematisch die einzelnen Fragen dieser Stelle beantwortet, sondern sich nur darauf beschränkt zu betonen, si in meam potestatem venit, meus factus est. Proculus will hier sagen, daß es immer Tatfrage bleibt, daß nie eine unmittelbar entscheidende Regel gegeben werden kann, wann der Besitz- und Eigentumserwerb eingetreten ist, da der Besitz ein Machtverhältnis ist, das dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint, das aber keine juristische Analyse, nur eine kasuistische Exemplifikation gestattet.[2])

Es kommt eben in jedem Falle auch für unsere Stelle darauf an, ob ein solches Machtverhältnis hergestellt ist. Dies kann natürlich auf alle mögliche Weise geschehen.

Die von den anderen Autoren vertretenen Ansichten über diese Stelle sind unseres Erachtens neben dieser so klar empfundenen hinfällig. Sie beschäftigen sich zum Teil[3]) mit den einzelnen von Proculus aufgeworfenen Fragen, zum Teil[4]) legen sie das Hauptgewicht auf das Wort potestas, wobei sie zu merkwürdigen Interpretationen kommen. Hirsch legt z. B. das Wort potestas mit Hinzuziehung einer anderen Pandektenstelle (l. 215 D de verborum significatione 50,16) einseitig dahin aus, daß dieser Ausdruck die persönliche Gegenwart des Apprehendenten in sich schließe. Noch andere[5]) nehmen wieder eine Mittelstellung ein, indem

---

[1]) Festgabe S. 64

[2]) Biermann § 854, Anm. 2.

[3]) wie Baron § 2, S. 64–67 und v. Scheurl § 15, S. 84, 85.

[4]) Lenz S 272, Jhering S. 163, Hirsch S. 65—73, Strohal III. Kapitel S. 95, 96.

[5]) Randa, § 11, Anm. 4 bis zu S. 404.
Meischeider, § 49, S. 238—241.
Pininski, § 3, S. 64–75.
Windscheid, § 153, S. 438, Anm. 7.

sie alles auf den einzelnen Fall ankommen lassen und danach ihr Urteil abgeben, ob ein Besitzerwerb vorliegt oder nicht. Diese kommen somit der von uns vertretenen Ansicht schon am nächsten. Schon die Unklarheit über diese Stelle und die so verschiedenartige Auslegung beweist, wie wenig die Autoren in dieselbe eingedrungen sind, obwohl eine so unglaubliche Zeit und Mühe auf die durch Goldschmidt so erklärlich gewordene Stelle verwandt worden ist.

Für unser Thema geht aber klar und deutlich aus dem Ausdruck potestas hervor, daß das Tier seine natürliche Freiheit unbedingt verloren haben muß, um Besitz und damit Eigentum auf seiten des Appehendenten zu begründen.

II. Beim Besitz- und Eigentumsverlust.

Bei dem Besitz- und Eigentumsverlust an wilden Tieren ist zunächst festzustellen, daß nach der l.3 §§ 13, 14 D 41,2 dieselben Grundsätze in Anwendung kommen wie bei den anderen, beweglichen Sachen.[1])

Diese Stelle lautet:

Nerva filius, res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus naturalem possessionem nancisci possimus . . . . .

Item feras bestias, quas vivariis incluserimus et pisces, quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri.

Bewegliche Sachen, mit Ausnahme der Sklaven besitzen wir, solange wir sie in unserer custodia haben, d. h. solange wir, wenn wir wollen natürlichen Besitz erlangen können.

Ebenso werden wilde Tiere von uns besessen, die wir in einem Tierpark eingeschlossen haben.

Näheres erfahren wir in Bezug auf den Eigentums- und damit Besitzverlust an wilden Tieren durch die schon angezogenen Stellen l.3 § 2 D 41,1:

---

[1]) Vergl. Windscheidt I, § 156, S. 455, Anm. 3. Dernburg I, § 182, S. 422, Anm. 2.

Quidquid autem eorum (sc. ferarum bestiarum et et volucrum) ceperimus eo usque nostram esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodian nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostram esse desinit et rusus occupantis fit,

und l. 5 pr. D 41,2:

Naturalem autem libertatem recipere intellegitur cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu, ut difficilis est persecutio.

Unseres Erachtens genügen diese beiden Stellen, um uns den Standpunkt der Pandekten in Bezug auf den Eigentums- und Besitzverlust an wilden Tieren klar vor Augen zu stellen. Daß diese Stellen auch für den Besitzverlust anzuwenden seien, haben wir schon mehrfach ausgesprochen.

Die Mehrzahl der Schriftsteller[1]) vertritt denn auch mit Windscheid[2]), der den Besitz- und damit Eigentumsverlust an wilden Tieren mit dem Erlangen der Freiheit eintreten und Dernburg[3]), der den Besitz und damit das Eigentum wilder Tiere mit ihrer Flucht untergehen läßt, den Standpunkt, daß diese Stelle als maßgebend zu betrachten sei.

Wenn Dernburg sagt, der Besitz geht mit der Flucht unter, so liegt hierin unseres Erachtens dasselbe, was Windscheid mit dem Erlangen der Freiheit ausdrückt. Denn ein wildes Tier, das flieht und sich damit tatsächlich der menschlichen Herrschaft entzogen hat, befindet sich in der Freiheit, immer vorausgesetzt, daß es dabei den Willen hat sich völlig der Herrschaft des Menschen zu entziehen und daß es den animus revertendi abgelegt hat.

Man kann also, was unser Thema anbelangt, feststellen daß zu dem Eigentumsverlust und Besitzverlust an wilden Tieren es notwendig ist, daß das Tier seine natürliche Freiheit, natürlich in dem von uns vertretenen Sinne gebraucht, wieder erlangt hat.

---

[1]) Randa, § 22, S. 600; Bekker, § 24, S. 240; Kindel, § 14, S. 268; Hirsch, § 17, S. 326, 327.

[2]) Windscheid I, § 156, S. 456.

[3]) Dernburg I, § 182, S. 430, Anm. 4.

Praktische Bedeutung der Auslegung des Wortes Freiheit im § 960 des Bürgerlichen Gesetzbuches im Sinne von „dem Naturtriebe, der Lebensart und dem Willen des Tieres entsprechende Freiheit".

Zum Schlusse unseres Aufsatzes wollen wir uns der praktischen Anwendung unserer Auslegung des Begriffes naturalis libertas zuwenden.

Unseres Erachtens hat der Gesetzgeber bei Fassung des § 960 des Bürgerlichen Gesetzbuches dem Ausdruck „natürliche Freiheit" eine Bedeutung untergeschoben, die er sowohl in sprachlicher Hinsicht als auch in den Pandekten, denen er entstammt, nie gehabt hat. Die Kommission hat das Wort „natürlich" gestrichen, um unzweideutig dem Begriff die Bedeutung zu geben, die er tatsächlich in den Pandekten gehabt hat. Sie ist dabei nur etwas zu rigoros vorgegangen, da in dem Wörtchen „natürlich" in der Zusammensetzung mit Freiheit bei weitem mehr liegt oder vielmehr etwas anderes liegt, als was die Kommission darin vermutete. Daß der Gesetzgeber das Wort „natürlich" beseitigt haben würde, wenn er die Bedeutung des Ausdrucks klar erkannt hätte, ist kaum anzunehmen, im Gegenteil würde u. E. besonderer Wert darauf gelegt worden sein, den Ausdruck zu belassen, da manche Härten hätten vermieden werden können, wie in den folgenden Beispielen gezeigt werden soll.

Es liegt u. E. nach der Entstehungsgeschichte des § 960 nichts im Wege, den Ausdruck Freiheit in dem von uns entwickelten Sinne der natürlichen Freiheit auszulegen, da der von der Kommission angeführte Grund für die Ent-

fernung des Wörtchens nicht als stichhaltig bezeichnet werden kann.

Der Unterschied der Auslegung des Paragraphen nach dem Wortlaut und nach dem von uns vertretenen Sinne machen wir uns am besten durch die folgenden Beispiele klar:

Ein nicht gezähmter Kanarienvogel entflieht bei Beginn der Dunkelheit aus seinem Bauer, findet nach kurzem Flug in der ihm unbekannten Umgebung seinen Käfig nicht wieder, entfernt sich ohne sein Wollen immer weiter von seinem Gewahrsam und wird schließlich von einem Dritten eingefangen.

Fraglos handelt es sich hier um ein wildes Tier, und es fällt somit die Beurteilung, ob es herrenlos geworden ist, unter den § 960 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Durch den Eintritt der Dunkelheit und das Wegfliegen des Vogels ist der Eigentümer außerstande, die Verfolgung unvorzüglich aufzunehmen, und er muß auch diese aufgeben, weil er von der Erfolglosigkeit überzeugt ist. Nach dem Wortlaut des § 960 wird nach dieser Sachlage der Kanarienvogel ohne weiteres herrenlos und nach § 958 erwirbt der Dritte, selbst wenn er den früheren Eigentümer kennt, durch das Ergreifen oder Einfangen des Vogels das Eigentum an diesem. Wie unbefriedigend dies Resultat ist, ist schon von verschiedenen Seiten hervorgehoben worden.

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn man den von uns vertretenen Sinn in den § 960 hineinlegt.

Ist durch irgend ein Benehmen des Vogels, durch ängstliches Umherflattern oder durch Hineinfliegen in einen Käfig, der dem seinigen ähnlich sieht, oder durch sonstige Handlungen dargetan, daß er zu seinem alten Gewahrsam zurückkehren möchte, so kann man nicht davon sprechen, daß das Tier seine natürliche Freiheit wiedererlangt hat. Es befindet sich noch nicht wieder in der seinem Naturtriebe und seinem Willen entsprechenden Freiheit und bleibt also noch im Eigentum des ersten Besitzers. Eine Aneignungshandlung eines Dritten, mag er nun gut- oder bösgläubig sein, hat nicht den Erfolg, diesem das Eigentum zu verschaffen.

Man wird uns entgegnen, daß es in der Praxis schwer oder garnicht festzustellen sei, in welchem Zeitpunkte das Tier sich seines Willens begibt, in sein altes Gewahrsam zurückzukehren.

Diesem Uebelstand ist u. E. dadurch abzuhelfen, daß man bei solchen Tieren, wie Kanarienvögeln, Papageien oder anderen bei uns nicht vorkommenden wilden Tieren, die nie das Glück der Freiheit genossen haben und von den Menschen wie Haustiere gehalten werden, der Wille in ihr altes Gewahrsam zurückzuführen, wenigstens kurz nach ihrer Flucht voraussetzen kann und muß, da sie sich unbedingt in der ihnen völlig unbekannten Umgebung unglücklich fühlen und elend zu Grunde gehen müssen. Erst der Nachweis, daß das Tier sich seiner Umgebung angepaßt hat, daß es sich darin wohl fühlt und daß es gar keine Anstalten gemacht hat, in sein altes Gewahrsam zurückzukehren, muß dazu führen, das Tier für herrenlos zu erklären und die Aneignungshandlung eines Dritten zum Eigentumserwerbe für geeignet zu halten.

Nur auf diese Weise kommt man zu einer befriedigenden Rechtsprechung in den Fällen des Tierfanges.

Zu berücksichtigen ist auch, daß der Dritte ebenfalls zu seinem Recht kommen kann, indem er Ersatz seiner Aufwendungen von dem Eigentümer des Tieres nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen kann.

Ein gezähmtes Reh läuft durch ein Gittertor eines Wildparks, das hinter ihm geschlossen wird. Es kann trotz seiner Bemühungen nicht aus dem Wildpark heraus und nicht nach den ihm bestimmten Ort zurückkehren. Nach einiger Zeit wird es von dem Jagdberechtigten des Wildparks, der den animus revertendi des Tieres kennt, gefangen oder erlegt.

Wenn man den § 960 Abs. 3 seinem Wortlaut nach anwendet, so muß man annehmen, daß das Tier herrenlos geworden ist. Tatsächlich kehrt das zahme Reh nicht mehr an den ihm bestimmten Ort zurück, es hat also auch die Gewohnheit abgelegt, an den ihm bestimmten Ort zurück-

zukehren. Allerdings liegt dies nicht an dem Willen des Tieres, sondern an den äußeren Umständen, die ihm das Zurückkehren unmöglich machen. Die Tatsache des Nichtzurückkehrens genügt jedoch, um es nach § 960 Abs. 3 herrenlos zu machen. Der Jagdberechtigte erwirbt demnach durch Erlegen oder Einfangen des Rehs das Eigentum an diesem, ganz gleichgültig, ob er den animus revertendi des Tieres kennt oder nicht.

Jedenfalls ein unbefriedigendes Resultat.

Legt man unsere Auffassung bei Beurteilung dieses Falles zu Grunde, so kommt man schon nach dem § 960 Abs. 2 zu einem anderen Ergebnis.

Das Reh, das im weitesten Sinne als gefangenes, der Herrschaft seines Eigentümers psychisch unterworfenes bezeichnet werden kann, befindet sich auch bei längerem Verweilen in den Wildpark noch nicht in der natürlichen Freiheit. Es will noch immer zu seinem alten Herrn zurückkehren und hat also die seinem Naturtriebe und seinem Willen entsprechende Freiheit nicht wiedererlangt. Demnach ist es nicht herrenlos und steht in dem Eigentum seines früheren Besitzers. Die Aneignungshandlung des Jagdberechtigten ist wirkungslos gegenüber dem Eigentumsrechte des früheren Herren, in dessen Gewahrsam es sich bisher befunden hat.

Auch hier kann man die Frage, ob der Jagdberechtigte in gutem oder bösen Glauben gehandelt hat, beiseite lassen, da man schon auf dem vorgeschlagenen Wege zu einem befriedigenden Ergebnis gelangen konnte. Tatsächlich bietet ja auch das Gesetz keine Handhabe, beim Tierfang den redlichen Erwerber anders zu behandeln als den nicht redlichen, da es kategorisch vorschreibt, daß herrenlose Sachen der Aneignung unterliegen.

Man wird uns vorhalten, daß unser Vorschlag über Auslegung des Wortes „Freiheit“ vollkommen bei wilden, reißenden Tieren versagt, da diese, wie schon erwähnt, nie den Willen haben werden, wieder unter die Herrschaft der Menschen zurückzukehren.

Das Fell des aus der Menagerie ausgebrochenen Tigers, der nicht verfolgt werden konnte, wird also Eigentum desjenigen, der ihn erlegt hat.

Und mag es das Fell eines Königstiger sein, das mehrere 1000 Mark Wert hat, so ist das Resultat doch nicht so unbefriedigend, da der Erleger mit den Gefahren der Jagd sich auch die Beute verdient hat, da der Tierbändiger für seine Nachlässigkeit, das Tier ausbrechen zu lassen, nicht genug zu bestrafen und der Jäger für die Beseitigung der Gefahr der Bevölkerung gegenüber nicht genug zu belohnen ist.

Außerdem ist hierbei nicht zu übersehen, daß der tatsächliche Wille des Gesetzgebers dahin ging, die Herrenlosigkeit solch reißender Tiere, die nicht weiter verfolgt werden, sofort eintreten zu lassen, während man an die anderen wilden Tiere, bei denen man den Willen, in ihr altes Gewahrsam zurückzukehren, vermuten kann, nicht gedacht hat oder ihren Fang in ungenügender Weise geregelt hat.

Aufgabe der Auslegung ist es daher, diesen Lücken abzuhelfen.

Wenn auch dieser Vorschlag, den § 960 des Bürgerlichen Gesetzbuches in unserem Sinne auszulegen, nicht in jedem Falle ein befriedigendes Ergebnis zeitigt, so hoffen wir doch, daß diese kleine Abhandlung dazu beitragen wird, eine gerechtere Beurteilung des Tierfanges anzubahnen als dies bei Anwedung des § 960 nach seinem einfachen Wortlaut möglich ist.

Lebenslauf.

Am 24. Mai 1886 wurde ich, Friedrich Wilhelm Theodor Bertelsmann in Gadderbaum bei Bielefeld, Kreis Bielefeld, als Sohn des 1889 verstorbenen Kaufmanns und Fabrikbesitzers Theodor Bertelsmann und seiner Ehefrau Pauline geb. Westhausser, geboren. Ich bin evangelischen Bekenntnisses und preußischer Staatsangehörigkeit. Nach dreijähriger Vorbereitung auf einer Privatschule besuchte ich das Gymnasium zu Bielefeld, das ich nach bestandener Reifeprüfung Ostern 1905 verließ. Ich studierte darauf Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Lausanne im Sommermester 1905, Breslau vom Wintersemester 1905/06 bis zum Sommersemester 1907 und Münster vom Wintersemester 1907/08 bis zum Wintersemester 1908/09. Am 28. Juni 1909 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht in Hamm i. W. die erste juristische Prüfung. Vom 21. Juli desselben Jahres, dem Tag meiner Vereidigung als Referendar, wurde ich an dem Amtsgericht in Oeynhausen, dem Landgericht in Oels in Schlesien, der Staatsanwaltschaft daselbst und bei einem Rechtsanwalt in Breslau beschäftigt. Augenblicklich übe ich meine Tätigkeit bei dem Amtsgericht in Bielefeld aus. Das Rigorosum bestand ich am 26. Juli 1912.